

Distinção entre companheira e concubina. Efeitos patrimoniais

ADELINA BITELLI DIAS CAMPOS
Promotora de Justiça — SP

Na linguagem comum, e mesmo naquela empregada nas lides forenses, inclusive entre os que militam junto às Varas da Família e Sucessões, é bastante freqüente a utilização dos termos, **companheira** e **concubina**, como sinônimos. No entanto, as denominações não se confundem, cada uma tendo seu sentido próprio, podendo levar em determinados casos a julgamentos prejudiciais àquela que, realmente, deve ser amparada pela Lei e pelo Poder Judiciário ao dirimir conflitos, quer de ordem social, quer de ordem patrimonial.

A distinção foi, definitivamente, aclarada em brilhante Acórdão do Superior Tribunal de Justiça, Quarta Turma, em Recurso Especial n.º 196 (RT 651/170), que decidiu sobre a validade de legado feito à companheira, por testador casado e separado de fato, com a qual convivia.

Se considerarmos os termos do Artigo 1.719, inciso III, do CC, nula seria a validade do legado se a legatária fosse concubina pois, o referido artigo é taxativo ao declarar a sua impossibilidade de herdar ou de receber legado de seu concubino.

O Acórdão acima referido tem a seguinte ementa: “Refletindo as transformações vividas pela sociedade dos nossos dias, impõe-se construção jurisprudencial a distinguir a companheira da simples concubina, ampliando, inclusive com suporte na nova ordem constitucional, a proteção à primeira, afastando a sua incapacidade para receber legado em disposição de última vontade, em exegese restritiva do artigo 1.719, III, do CC.

Impende dar à lei, especialmente em alguns campos do Direito interpretação construtiva, teleológica e atualizada”.

No corpo de V. Acórdão, calcada na jurisprudência, encontramos a distinção entre as duas denominações: **concubina** é “a amante, a mulher dos encontros velados, freqüentada pelo homem casado, que convive ao mesmo tempo com sua esposa legítima” (RE 83.930 — SP, Rel. Ministro Antonio Neder, RTJ, 82/933). **Companheira** “é a mulher que une seu destino ao do homem solteiro, viúvo, desquitado ou simplesmente separado de fato da mulher legítima. Sua característica

está na convivência de fato como se casados fossem aos olhos de quantos se relacionem com os companheiros de tal união. Pesam no conceito as exigências de exclusividade, fidelidade, vida em comum sobre o mesmo teto, com durabilidade. O vínculo entre os companheiros imita o casamento, ou no dizer tradicional, é **more uxorio**. Todo o relacionamento se faz às claras, sem ocultação. Os dois freqüentam a sociedade onde, reciprocamente, se tratam como marido e mulher" (Mário Aguiar Moura, RT 519/295).

A jurisprudência, como fonte do direito, acolhe, antes mesmo da lei, em certos casos, as transformações por que passam as sociedades, em função de múltiplos fatores. Assim, razões que determinaram a edição de certas normas, já não mais subsistem. É o caso da vedação contida no inciso III, do Artigo 1.719, do CC, afastada, por construção jurisprudencial.

Sem querermos igualar as uniões livres ao casamento, pois ainda o consideramos como sustentáculo da família legítima que é, e deve ser amparada pelo Direito Positivo, deve-se reconhecer, que na nossa sociedade, em constante mutação, as uniões fora do casamento se multiplicam, por fatores que fogem ao nosso campo de argumentação.

Assim entendemos que a proteção à companheira deve ser ampliada. Defendemos tal tese no caso específico da chamada **herança jacente**, ou seja, quando o falecido **ab intestato**, não deixa herdeiros, quer descendentes, ascendentes ou colaterais sucessíveis e, que por anos conviveu com alguém que o acompanhou e ajudou a amearhar um patrimônio, o mais das vezes modesto, como inúmeros que passam pelos processos que tramitam junto às Varas da Família e das Sucessões da Capital. Normalmente trata-se de pequeno imóvel, construído com sacrifício pelo casal, estando o título de propriedade em nome apenas de um dos companheiros. Este falecendo, cabe ao supérstite ingressar com ação declaratória de sociedade de fato para fazer jus à meação. Entretanto, a outra parte ideal do bem, é declarada vacante, incorporando-se, finalmente, ao domínio do Município, do Distrito Federal ou da União, nos termos do Artigo 1.603, V, do CC.

O direito à meação foi conseguido através de construção jurisprudencial. No entanto, não faz jus a outra parte do bem por não ser considerado herdeiro, nos termos do Artigo 1.603, do CC, já citado. **Summum jus, summa injuria**.

Na questão ora enfocada, é de fundamental importância seu posicionamento histórico. Tanto a Doutrina quanto a Jurisprudência vêm reconhecendo, progressivamente, a sociedade de fato, a ela conferindo efeitos jurídicos diversos. É isto tem reflexos sobre a atuação do legislador que, lenta e gradualmente, vem incorporando, na elaboração de leis, a construção jurisprudencial que devem refletir ao máximo a realidade sócio-econômica e cultural do país.

A título de exemplo, podemos nos socorrer do Artigo 363, inciso I, do CC que permitiu ao investigador de paternidade a vitória na demanda quando comprovado que, ao tempo da concepção, sua mãe se encontrava convivendo com o pretendido pai. Assim, já em 1916, o legislador conferiu efeitos jurídicos à relação denominada pelo Código de "concubinária". Ressalte-se, mais uma vez, que a distinção entre **companheira** e **concubina** é de recente construção jurisprudencial.

Com o advento da Lei do Divórcio, em 1977, outros efeitos foram acrescidos aos já mencionados, como por exemplo a igualdade entre os filhos de qualquer natureza para fins de direito sucessório.

Ainda, cabe aqui invocar as leis da Previdência Social que ampliaram em muito os direitos da companheira em relação à pensão concorrendo até mesmo com os

filhos menores do segurado. Destaque-se o avanço do Constituinte de 1988 que reconheceu a união estável entre o homem e a mulher, como entidade familiar, para fins de proteção do Estado. Evidencia-se, portanto, a tendência do legislador em conceder efeitos jurídicos cada vez mais amplos à sociedade de fato, ajustando a lei à realidade social, impedindo que aquela se torne letra morta.

As questões oriundas da sociedade de fato mais freqüentes em nossos tribunais dizem respeito à sua dissolução, quer por separação, quer pela morte de um dos companheiros. Esta é a que nos interessa mais de perto, em face do nosso posicionamento. Impõe-se, aqui, a citação da Súmula de n.º 380, do STF que, baseada em Acórdãos proferidos entre 1946 e 1963 decidiu: "Comprovada a existência da sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum".

Ora, daí depreende-se a existência de um vínculo jurídico que possibilita a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum. Por que não invocá-lo, em questão sucessória, aplicando-o analogicamente ao Artigo 1.611, do CC? Assim, onde se fala em cônjuge sobrevivente ao tempo da morte do outro, não dissolvida a sociedade conjugal, pode-se falar em companheiro sobrevivente, desde que não dissolvida a sociedade de fato. Atente-se aqui para a injustiça cometida contra o companheiro privado do patrimônio conquistado com o fruto do trabalho de ambos, quando a meação passa ao domínio do Estado.

Saliente-se que o legislador de 1916, ao fixar a ordem da vocação hereditária, procurou fazer prevalecer um critério de justiça, colocando o Estado em último lugar. A evidência, este só deve suceder quando inexistir outro titular desse direito à sua frente. E, àquela época, não se reconhecia a sociedade de fato sequer em relação ao direito à meação. Se agora reconhece-se o direito à meação por que não reconhecer o direito à vocação hereditária?

Finalmente, em apoio à tese ora esposada, encontramos, no Direito Comparado, o estudo de Gustavo A. Bossert (*Régimen Jurídico del Concubinato*, Editorial Astrea de Alfredo Y Ricardo De Palma, Buenos Aires, 1982): "En los países en que se han regulado integralmente los efectos del concubinato, equiparándoselo — bajo determinados requisitos — en mayor o en menor medida al matrimonio regularmente constituido, se confiere vocación hereditaria legitima a los concubinos. Así ocurre, por ejemplo, en el Código de la Familia de Bolivia, de 1975, art. 168; en la ley de 1956 de Panamá referida al "Matrimonio de hecho", art. 1.º.

"En el Código Civil Mexicano, vigente en los Territorios Federales, el art. 1.653 dispone: "La mujer con quien el muerto vivió como si fuera marido durante los cinco años precedentes a la muerte o con la que tuvo hijos, siempre que ambos hayan permanecidos libres de matrimonio durante el concubinato, tiene derecho a heredar a aquél..."

Cremos ser de Justiça a defesa do direito da companheira ou companheiro de ver reconhecido seu direito à sucessão hereditária, nos casos das chamadas heranças jacentes, desde que presentes os pressupostos necessários.